

DISCRIMINACIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO FRENTE A LAS PAREJAS DE HECHO

Por

VICTORIA CAMARERO SUÁREZ
Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Jaume I. Castellón

Revistas@iustel.com

Sumario: I. REALIDAD SOCIAL CON PERSPECTIVA HISTÓRICA. II. PROBLEMÁTICA JURÍDICA: 1.Consideraciones generales. 2. Regulación de las parejas de hecho en las Comunidades Autónoma. 3. El contrato de unión civil. III. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. REALIDAD SOCIAL CON PERSPECTIVA HISTÓRICA

Las uniones de hecho han constituido, a lo largo de los siglos, una realidad social a la que los Ordenamientos jurídicos han venido dando distintas respuestas. Soluciones que han oscilado desde la aplicación de unos criterios comunes que en Derecho se establecen para los conflictos de justicia, hasta la aplicación de los criterios que las legislaciones han establecido para el matrimonio institucional, comprometiendo, entendemos, la regulación del matrimonio.

En la medida en que el legislador español se encamina en este último sentido, avanzo un juicio crítico que se recoge en el título de este estudio: **Discriminación jurídica del matrimonio frente a las parejas de hecho**. Y ello, en tanto en cuanto la institución matrimonial, de un arraigo y trascendencia social milenarios, queda postergada ante el creciente reflejo normativo de tales uniones. Es, no obstante, a través principalmente de reflexiones de carácter *estructural y positivo*, y no en el concreto cotejo de las distintas materias sobre las que pueden proyectarse ambas realidades, como intento dar sustancia a esta afirmación en el presente trabajo. Lo haremos a través de un sumario que recoge, en primer lugar, una referencia a las uniones de hecho en cuanto realidad social con perspectiva histórica, para inmediatamente exponer su problemática jurídica, partiendo de unas consideraciones generales necesarias y previas a la actual regulación de las parejas de hecho en los Ordenamientos autonómicos, de cuya estudio deduciremos la conveniencia de una regulación estatal que incida en la vía del contrato

entre convivientes, sintonizando con desarrollos importantes en el plano comparado, y tomando como ejemplo el modelo francés.

La comprensión de esta realidad social exige no olvidar su largo proceso histórico y remontarnos al matrimonio romano en la época clásica y su consideración como hecho social, que produce efectos jurídicos si se ajusta al Derecho (matrimonio justo) o a la ley (matrimonio legítimo). El matrimonio existe cuando se presenta como tal hecho social y, concretamente -según la doctrina romanista -, cuando existe: a) *la affectio maritalis* o voluntad continuada y constante, y b) la convivencia marital o *coniunctio*, que se manifiesta “en la concepción del *domicilium matrimonii* como hogar y casa, donde se realiza la comunidad de vida exteriormente apreciable (*honor matrimonii*)”¹.

Frente al matrimonio romano, el concubinato, sin la carga peyorativa que ha tenido posteriormente, tuvo una gran importancia. Comprendía aquellas uniones, entre un hombre y una mujer, en las que faltaba el elemento esencial de la *affectio maritalis*: había voluntad de convivir (*affectio*), pero no como marido y mujer. El concubinato fue una institución jurídica que, en algunos aspectos, producía efectos similares al matrimonio y que con Justiniano alcanzó un estatuto legal cercano al mismo. Sin duda, presentaba grandes similitudes con las actuales uniones de hecho².

Sobre este esquema se volcó la canonística medieval, interpretándolo conforme a sus propios postulados religiosos. Se consensuó la *affectio maritalis*, estableciéndose la necesidad de un consentimiento constitutivo primero y perfeccionativo luego del matrimonio, desechando que valiera un consentimiento continuado interrumpible en cualquier momento, forjándose de esta manera la indisolubilidad institucional y legal del matrimonio³.

Con todo, interesa destacar que, durante siglos, la tradición judeo - cristiana conoció la existencia de matrimonios sin forma de celebración a los que condujo dentro de la teoría consensual - y su correspondiente esquema legal – mediante la presunción de que el comportamiento sexual o conyugal equivalía a un consentimiento, bien inicial o sobrevenido⁴.

Una vez referidos los precedentes concretados en nuestro derecho histórico que muestran unidades convivenciales alternativas al matrimonio con regulación jurídica, tenemos que tener presente la evolución de la familia en la sociedad española, de la que se desprende en las últimas décadas un conjunto de acontecimientos que han afectado

¹ J.A.Souto Paz, Derecho Matrimonial, 2ªed., Marcial Pons,2002, p.43.

² A.García Gárate, *El matrimonio religioso en el Derecho civil*, Burgos 1.995, p.38.

³ V.Reina, J.M.Martinell, *Uniones de hecho y Derecho*, Marcial Pons, Madrid 1996, p.32.

⁴ *Ibíd.*p.17

profundamente a la estructura social, política y económica de la sociedad y que sin duda han dejado sentir su influencia en el terreno del comportamiento social.

Al mismo tiempo que se modifica la estructura de la familia y su toma de decisiones, se incrementa la aceptación social de la ruptura matrimonial, permitiendo a su vez, la aparición de otras formas alternativas al matrimonio que, aunque minoritarias, van apareciendo en la sociedad española. El fenómeno de las uniones de hecho intenta abrirse camino, como hecho social reconocido y como situación protegida por el derecho. La posición, que los Ordenamientos jurídicos adopten sobre las ellas, está profundamente relacionada con la aceptación social de esta realidad que presenta en el tiempo un progresivo reconocimiento, que no debiera conducir a una redimensión de la realidad matrimonial. Este reconocimiento social, se verá consolidado sin duda, en la medida en que vaya acompañado de una normalización jurídica.

Independientemente de la existencia de causas económicas, legales e ideológicas que justifiquen las uniones de hecho, la cohabitación constituye también el reflejo de un comportamiento social íntimamente relacionado con la conflictividad matrimonial de la pareja, en el sentido de considerarse bien la actitud final de separados o divorciados que no quieren repetir la experiencia matrimonial, o bien responder a una situación de transición a ulteriores nupcias.

En el estudio de las relaciones entre ruptura matrimonial y las uniones no matrimoniales, los Registros municipales y autonómicos representan, a pesar de las disfunciones que presentaban y que la legislación autonómica corregiría más tarde, una muestra muy significativa de realidades de hecho⁵.

Realidad que trasciende la dimensión social y jurídica para proyectarse en el ámbito político, lo que evidencia la magnitud del problema en la sociedad española, en tanto en cuanto, por ejemplo, se hace referencia expresa al mismo en los programas electorales de los Partidos Políticos.

II. PROBLEMÁTICA JURÍDICA

1. Consideraciones generales

Expuesta la realidad social de las uniones de hecho que la institución matrimonial nunca consiguió erradicar, sugiere que su auge tenga que ver con la crisis del concepto jurídico del matrimonio, aunque no de la realidad matrimonial.

⁵ Al respecto puede verse mi libro *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2005. pp.27-51.

La crisis actual del concepto jurídico de matrimonio encubre en el mundo occidental la superación sociológica del matrimonio romano-canónico, cuyo esquema fue sustancialmente secularizado por el matrimonio civil⁶.

A pesar de los principios de libertad y de laicidad que inspiran nuestra legislación, y del irreversible proceso secularizador, nuestro Derecho matrimonial es, en buena medida, deudor del Derecho canónico, sobre todo, respecto a los elementos que por tradición histórica del matrimonio religioso siguen manifestándose en el matrimonio civil, y que en torno a ellos se ha construido un sistema civil de matrimonio, con la grave consecuencia de crisis de identidad del concepto civil de matrimonio⁷.

Crisis que se concreta, por una parte, en su explícito vaciado institucional y, por otra, en la interpretación y aplicación práctica de muchas de sus normas, que han acusado todavía más este fenómeno. A su vez, la carencia de principios dogmáticos, la falta de congruencia interna de su regulación y la dinámica inherente a ese conjunto de factores tienden a profundizar todavía más en esta línea de autodestrucción del matrimonio civil⁸.

Hay que hacer notar que la intervención social, inicialmente limitada a celebrar la nueva unión y la expectativa de incorporar nuevos miembros al grupo social, mediante la procreación, se ha ido incrementando hasta convertir al matrimonio en un sistema jurídico, donde la dimensión institucional ha acabado ahogando la dimensión íntima y personal de la propia unión conyugal⁹.

A este estado de cosas se ha calificado, opino muy acertadamente, como “agonía del matrimonio legal”, puntualizando que muchas de las críticas contra el matrimonio no son más que críticas contra la “burocracia matrimonial”¹⁰.

Cualesquiera que sean las razones del vaciado institucional del matrimonio civil, lo cierto es que ha tenido una incidencia directa en el control de causalidad, relajándose enormemente el principio inquisitivo. Como también se señala que la función difícilmente

⁶ V.Reina, J.M.Martinell, *Las uniones...*, p.31; una clarificadora visión de los elementos configuradores del matrimonio occidental, puede verse en:M.López Alarcón y R.Navarro Valls, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, Tecnos, 6 ed.,2001, pp.23-26;cfr.Ibán I.C, Matrimonio canónico y matrimonio civil en la legislación (1870-1978) en *A.D.C.*, 1979, pp.83-175;A.De La Hera, “La definición del matrimonio en el Ordenamiento jurídico español”(Su determinación a través de la temática de la capacidad e impedimentos) en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado español*, 8, 1992.

⁷ V.Reina, J.M.Martinell, *Las uniones...*op.cit. p.19.

⁸ *Ibid.*,p.27.

⁹ J.A.Souto Paz, Prólogo a B. y E.Souto Galván,*Las Uniones de hecho en Derecho comparado*, U.N.E.D. 2002, p.12.

¹⁰ P.J.Viladrich, *Agonía del matrimonio legal, Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, 3.ª ed.Pamplona 1997;Idem.,“La definición del matrimonio” en *Matrimonio. El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Universidad de Navarra. Instituto de Ciencias para al Familia, 2000, pp.206-312; J.Hervada,*Una Caro.Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona 2000;J.M.González del Valle,*Derecho canónico matrimonial*, Eunsa, 8ed.,p.22.

sustituible del matrimonio, es decir, su significado y sentido debe buscarse en la actualidad en su dimensión operativa, de modo que el matrimonio civil es un instrumento, y su regulación legal un sistema de garantías y presunciones en el marco del Derecho de Familia. Presunciones y garantías, tanto en relación al normal desarrollo de la convivencia, como ante la crisis conyugal, que será cuando el matrimonio manifieste más explícitamente su función instrumental de protección de los intereses familiares ¹¹.

Este proceso llega a un punto álgido con las nuevas reformas matrimoniales ¹². Es decir, con la versión de nuevo cuño de matrimonio que recoge la existencia jurídica del matrimonio homosexual junto a la posibilidad del divorcio unilateral, en el que la disolución del matrimonio no se hace depender de causa alguna ¹³. Basta que una de las partes no quiera la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, siendo indiferente la oposición de la otra parte y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos procesales ¹⁴.

Con esta reforma legislativa ¹⁵, el consentimiento en el matrimonio se asemeja, más bien, a una mera constatación de que las partes quieran vivir juntos, consentimiento que se ha de renovar en el futuro (situación fáctica de cohabitación, unida a la voluntad actual de mantenerla). Lo que se entiende una vuelta al Derecho romano ¹⁶.

Y es precisamente, como acertadamente se ha dicho, la nueva regulación del divorcio la que incide sobre el concepto mismo de matrimonio: debilita el principio canónico *consensus facti nuptias* a favor del principio romano *affectio maritales facit nuptias*, abriendo la puerta,

¹¹ V.Reina,J.M.Martinell, Las uniones..., op.cit., pp.27-29; cfr., J.M.González del Valle, *Derecho Eclesiástico Español*, Cívitas, 5ed. (actualizada por M.Rodríguez Blanco), 2002, p.319.

¹² Ley 13/2005, de uno de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio y Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

¹³ No deja de ser curioso que sea más fácil "descasarse" que finalizar un arrendamiento urbano (cinco años) o que se proteja a la parte más débil en cualquier contrato de consumo mientras que esa parte más débil, que puede existir en la relación conyugal, quede totalmente desprotegida en un divorcio, con la posibilidad de una especie de repudio legal (L.Martínez de Castro, "Una posible concepción de matrimonio en el Código civil". El Estado de la cuestión, en AA.VV. *Libro Homenaje al prof.M.Amorós Guardiola*. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid 2006, Vol.I, pp.1-652 y ss.

¹⁴ Situación que contrasta con la reforma de 1.981 donde además del presupuesto fáctico de la llamada "efectividad" del cese, había otro jurídico y valorativo, por virtud del cual el dato de incumplimiento obligacional no era absolutamente indiferente para las consecuencias legales de la ruptura. Facilitaba la legitimación activa del cónyuge no incumplidor y acortaba, sólo para él los plazos de espera (E.J.Ramos Chaporro, "Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio" en *Actualidad civil*, núm.10, mayo 2005.

¹⁵ Al respecto, pueden verse mis artículos: "El derecho a contraer matrimonio en la reforma actual", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XVI, núm.707; "La modificación del concepto del matrimonio (Ley 13/05, de 1 de julio)", en *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. monográfico, en prensa.

¹⁶ L.Martínez Vázquez de Castro, "Una posible...", cit., p.1653.

al menos, a la debilitación de las contundentes afirmaciones de los artículos 45 y 73.1 del Código civil ¹⁷.

Todo ello significa además de la consolidación de la tendencia, ya puesta de manifiesto por la doctrina, a la desjuridificación del matrimonio acompañada de la propensión a la juridificación de las uniones de hecho ¹⁸, a una confusión de conceptos entre realidades diferentes, debido a que la convivencia matrimonial se convierte en elemento esencial del matrimonio y, por otra parte, *la relación afectiva análoga a la conyugal* va a ser, también, la fórmula elegida con criterio mayoritario por la normativa autonómica a la hora de definir a las parejas de hecho, como más adelante expondremos.

Como no puede ser de otra forma, las uniones de hecho, pese a su renuncia al control jurídico que supone la "forma de celebración", representan situaciones sociales que tienen que ver con el "orden social justo", que hace relación no sólo a la posible existencia de hijos (con la consiguiente intervención inexcusable del Derecho), sino también con distintas cuestiones de justicia que pueden surgir entre la pareja: como uso de vivienda común, pensiones, indemnizaciones, etc. En este último supuesto, las posiciones, en síntesis, se debaten entre dejar que los conflictos de pareja citados se resuelvan siguiendo criterios de Derecho común, o aplicarles - y en qué medida - los criterios legales previstos para las parejas matrimoniales ¹⁹. O lo que es lo mismo: ¿Se ha de primar el criterio de que, a problemas fácticos equiparables, deben aplicarse a las parejas de hecho las soluciones previstas para el matrimonio? o, ¿se debe primar el criterio contrario de que esta equiparación discrimina al matrimonio porque supone diluir o relajar su dimensión institucional?

En la confrontación de estos dos planteamientos, creemos oportuno resaltar que la Constitución española no contempla directamente el fenómeno de las uniones de hecho, lo que no es óbice para pensar que de algún modo las proscriba. El derecho a establecerlas está reconocido implícitamente en el libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10; lo que también se puede considerar como manifestación de la libertad ideológica que el artículo 16 garantiza, en cuanto al derecho de toda persona a actuar y comportarse de acuerdo a sus convencimientos personales, dentro de los límites del orden público.

El problema se agrava cuando observamos que nuestra Constitución ha dejado huérfana de definición o descripción la propia institución matrimonial, al referirse al "derecho a contraer matrimonio" o *ius connubii* en un único artículo -art. 32 - , quedando

¹⁷ Vid.D.Llamazares en Prólogo al *Derecho de la libertad de conciencia en la Praxis Jurisprudencial*, Coord.por A.Castro Jover,Universidad Pública de Navarra, 2005, p.12.

¹⁸ Vid.R.Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid 1995,p.68.

¹⁹ Cfr.,V.Reina y J.M.Martinell,*Las uniones matrimoniales de hecho*, cit., p.33.

constitucionalizado como un derecho subjetivo de los ciudadanos partiendo de una realidad natural, la del hombre y la mujer, resaltando la plena igualdad jurídica entre uno y otro y encomendando al legislador regular sus trazos esenciales en cuanto a las formas de matrimonio, edad, capacidad, derechos y deberes de los cónyuges, causas de separación, disolución y sus efecto. Sin olvidar que, al no mencionar en el texto constitucional a la familia de hecho ni recoger “el derecho a las relaciones estables de familia” que figuraba junto al derecho a contraer matrimonio en el Anteproyecto de la Constitución, es evidente que no se institucionalizan esas relaciones estables de familia que traen su origen fuera del matrimonio.

Del contenido del artículo 32 se desprende la garantía constitucional de la institución del matrimonio, entendiéndose ésta como una de las instituciones básicas en la vida social.

En esta garantía existe un contenido mínimo esencial que hace jurídicamente reconocible al matrimonio, y que constituye un límite al legislador, de tal forma que, si éste se extralimitase, la garantía de la institución del matrimonio desaparece²⁰. O lo que es lo mismo, la garantía es desconocida cuando la institución es reducida a un simple nombre, rompiendo con la imagen comúnmente aceptada de la institución²¹. Como acertadamente se ha dicho, la relevancia social del matrimonio está estrechamente relacionada con su función de causa o fundamento de la familia. Históricamente esta función ha tenido gran trascendencia, porque se excluía de la familia a la prole ilegítima, por lo que el matrimonio constituía la única instancia legitimadora de la familia²². En torno al ámbito de su protección, se advierte que la relación causal entre el derecho a contraer el matrimonio y a fundar una familia es lo que justifica la protección del matrimonio, que todavía hoy ha venido prestando el Derecho. No obstante, la ampliación de las causas fundantes de la familia -filiación matrimonial y extramatrimonial - debería replantear los modelos de protección jurídica, social y económica²³.

2. Regulación de las parejas de hecho en las Comunidades Autónomas

Si las uniones de hecho han rechazado, originariamente, la aprobación social y la consiguiente legitimación, en aras de una unión sin imposiciones legítimas, hay que decir

²⁰ Sobre el concepto y significado de la garantía constitucional del matrimonio en el art.32, puede verse: J.R.Polo Sabau, *Matrimonio y constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Civitas, 2006, pp.39-46.

²¹ Vid., Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, aprobado el 16-2-04.

²² J.A.Souto Paz, *Derecho Matrimonial*, cit., p.32.

²³ *Ibíd.*, p.33.

que, a la vista de la legislación vigente, han perdido plenamente sus raíces originarias²⁴. Su acercamiento y confusión cada vez más acusado con el matrimonio se muestra con gran evidencia a través de la normativa autonómica sobre las parejas de hecho.

Pero antes de su exposición, y aunque en esta sede no se tenga por objeto su tratamiento, creemos oportuno tener en cuenta otras vías que también constituyen el preludio o la antesala de una inminente regulación orgánica de las parejas de hecho que, sin duda, nos ayudan a la comprensión global de su problemática social y jurídica. Me estoy refiriendo a la dirección jurisprudencial clarificadora de la distinción de ambas realidades²⁵, junto a la normativa fragmentaria estatal que, por vía analógica, atribuye determinadas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho en distintas materias, como por ejemplo, en materia de arrendamientos urbanos, penal civil o procesal²⁶. Respecto a estas normas estatales en las citadas materias, alguna de ellas coincidentes en el tiempo con la aparición de leyes autonómicas, ha significado, para un sector de la doctrina, una intervención parcial en algunas materias, pero anomia en temas centrales, así como rechazo a cualquier tentativa de la regulación sistemática y más o menos completa del problema; lo que hace que bordeee esta postura la inconstitucionalidad, si no es que no incurre efectivamente en ella²⁷.

A modo de colofón, ponemos de relieve que la no equiparación, entre la realidad de hecho y la realidad matrimonial, no ha sido obstáculo para la consolidación de una doctrina jurisprudencial cuyo fin ha sido conseguir, a través de diversos razonamientos y figuras jurídicas, que la extinción de la vida en pareja, no dé lugar a un quebranto económico de una de las partes en comparación con la otra. De todos los instrumentos utilizados, cabe destacar dos reglas fundamentales. La primera viene a reconocer la validez y eficacia de los pactos establecidos, en su caso por las partes, para determinar su régimen económico, aceptándose incluso que el mismo sea alguno de los previstos por la ley respecto a los matrimonios. La segunda aplica la figura del enriquecimiento injusto o sin causa- que incluso se eleva a la categoría de principio general de nuestro Derecho- para canalizar la

²⁴ J.A.Souto Paz, Prólogo a *Las Uniones de Hecho. En Derecho comparado*, op.cit. p.13.

²⁵ Para un análisis, desde el punto de vista jurisprudencial, de la unión de hecho y las principales materias objeto de discusión, puede verse mi monografía *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, cit.,pp.61-97.

²⁶ Al respecto, *Uniones no matrimoniales*...., cit., pp.91-97.

²⁷ M^aP.García Rubio, "Parejas de hecho y lealtad constitucional", en *Estudios de Derecho civil. Homenaje al prof.F.J.Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2005, pp.40-41.

idea de que la ruptura o extinción de la pareja no debe perjudicar injustamente a una de las partes²⁸.

Con estas premisas, procederemos a abordar la normativa que las CC.AA. han ido promulgando en torno a las parejas de hecho, no sin antes puntualizar como regla general que el Estado tiene la competencia exclusiva para legislar en materia civil. Por excepción, las Comunidades Autónomas con un Derecho civil propio, vigente en la entrada en vigor de la Constitución, tienen la competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo de su propio Derecho civil. En todo caso, el Estado central se reserva la competencia para legislar sobre una serie de materias civiles, entre las que se encuentran “Las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”. Esta exposición simplificada del art. 149.1.8 de la Constitución no refleja, ni de lejos, la complicada y, a veces, virulenta polémica doctrinal sobre su significado²⁹.

Desde 1998 se ha publicado en España Leyes autonómicas de las que se desprende un mosaico de gran heterogeneidad. La Comunidad Autónoma catalana inicio el proceso de regularización con la Ley de uniones estables de pareja (Ley 10/98, de 15 de julio³⁰). En 1999, entró en vigor La Ley de parejas estables no casadas de Aragón (Ley 6/99 de 26 de marzo³¹); al año siguiente la Comunidad foral de Navarra procedió a la regulación de la Ley de igualdad jurídica de parejas estables (Ley 6/2000 de 3 de julio). Con el nombre de Ley de uniones de hecho lo hicieron Valencia (Ley 1/2001 de 6 de abril) y Madrid (Ley 11/2001, de 19 de diciembre); la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares promulga una Ley de parejas estables (Ley 18/2001, de 19 de diciembre) y al año siguiente, el Principado de Asturias (Ley 4/2002, de 23 de mayo) y Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre) publican sus correspondientes Leyes con el nombre de Parejas de hecho. Canarias, Extremadura y País Vasco ofrecen sus Leyes de parejas de hecho: Ley 5/2003, de 6 de marzo , Ley 5/2003 de 20 de marzo , y Ley 2/2003 de 7 de mayo , respectivamente. La Comunidad autónoma de Cantabria procede a la regulación con la Ley 1/2005, de 16 de mayo . Y por último, el Parlamento de Galicia promulga la Ley 10/2007, de 28 de junio, de

²⁸ Vid., R. Becovitz, “La competencia para legislar sobre las parejas de hecho” en *Derecho privado y Constitución*, enero-diciembre, 2003, p.62.

²⁹ Las posiciones van desde quienes piensan que las Comunidades Autónomas no pueden sino perfeccionar las instituciones contenidas en sus respectivas Compilaciones forales, existentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución; hasta quienes opinan que el “desarrollo” del Derecho civil foral o especial, salvo en las materias específicamente reservadas al Estado, puede culminar en la redacción, por la Comunidad Autónoma con el Derecho civil propio, de un auténtico y completo Código civil Vid., E. Valladares Rascón, “Uniones de hecho en España”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión europea*, Universidad del País Vasco, 2001, pp.24 y 25.

³⁰ Modificada por la Ley 3/2005, de 8 de abril, que elimina la restricción legal de adopción conjunta por parejas del mismo sexo.

³¹ Modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo, que reconoce el derecho de adopción a parejas heterosexuales.

reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia .

Al igual que ocurre con la jurisprudencia, las leyes autonómicas sobre parejas de hecho parten de la premisa de que éstas, siendo parecidas al matrimonio, son en realidad otra cosa, como así consta en sus distintas Exposiciones de Motivos. Este es el planteamiento que, a juicio de un sector de la doctrina civilista puede valer para respaldar la competencia legislativa de las CC.AA. sobre esta materia, puesto que no parece discutible que la regulación del matrimonio constituye, de acuerdo con los artículos 32.2 y 149.1.8 CE. , competencia exclusiva del legislador estatal³².

En todas las leyes autonómicas sobre parejas de hecho cabe distinguir dos bloques normativos en cuanto a los efectos que se atribuyen a las mismas. Uno de carácter jurídico-público o administrativo y otro de carácter jurídico-privado o sustantivo. Con el primero se viene a equiparar total o parcialmente a las parejas de hecho con los matrimonios en sus relaciones con las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma correspondiente³³. Este bloque no suscita en principio dudas sobre su constitucionalidad, siempre que dicha competencia aparezca recogida en alguno de los artículos del Estatuto de Autonomía de que se trate. El segundo bloque normativo es el que se ocupa del régimen económico y personal derivado de la convivencia, así como el aplicable a los supuestos de cese de esa convivencia. A la hora de abordar esta regulación sustantiva contenida en las leyes autonómicas, hay que hacer una distinción entre aquellas Comunidades Autónomas que tienen Derecho civil, foral o especial, esto es, Derecho civil propio, y aquellas que no lo tienen. Éstas últimas contienen una regulación sustantiva de las parejas de hecho mucho más limitada que la recogida en la legislación de las Comunidades Autónomas con competencia legislativa sobre parte de Derecho civil³⁴.

La doctrina ha señalado la existencia de normas autonómicas sobre materia civil que carecen de toda respaldo, tanto constitucional, como autonómico. Su inconstitucionalidad parece indudable, por falta de competencia legislativa de alguna de las CC.AA. correspondientes³⁵. A modo de ejemplo, la Ley valenciana, canaria, asturiana o madrileña, establecen que el pacto inscrito no es oponible frente a terceros. Para el caso de que no exista pacto, se presumirá, salvo prueba en contrario, que las partes contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas en proporción a sus recursos. Es decir, se

³² R.Bercovitz, "La competencia para legislar...",cit., p.67.

³³El bloque normativo jurídico-público o administrativo incluye los beneficios respecto a la función pública, régimen de prestaciones sociales y régimen fiscal.

³⁴ R.Bercovitz, "La competencia para legislar",cit.,p.68.

³⁵ Ibíd.pp.68-69.

establece una regla interpretativa de la convivencia, que no son más que inclusiones inadecuadas civiles, dado que las CCAA. no tienen título competencial suficiente.

En cuanto a las CC.AA. con Derecho civil, foral o especial, sus leyes sobre parejas de hecho regulan los efectos jurídico privados o sustantivos que se atribuyen a las mismas con mucha mayor intensidad. En ellas se establece, como criterio prioritario para determinar el régimen económico de la pareja de hecho, incluidas las consecuencias de su disolución en vida de ambas partes, el de los pactos entre éstas, dentro del marco de los principios constitucionales de igualdad y de respeto a las personas. Además nos encontramos con la previsión de un régimen supletorio, de aplicación subsidiaria más o menos automática, y de la regulación de un régimen sucesorio para el caso de disolución por fallecimiento uno de los miembros de la pareja que, en bastantes ocasiones consiste en la plena equiparación del miembro superviviente de la pareja al cónyuge viudo³⁶.

A modo de resumen, con unos u otros fundamentos competenciales y unos y otros contenidos materiales, la literatura jurídica española que, hasta la fecha se ha pronunciado sobre el asunto, entiende que muchas de estas leyes son inconstitucionales, tanto por invadir competencias exclusivas del legislador estatal, como por el hecho de que las uniones de hecho no suponen un supuesto de "singularidad civil" que justifique su regulación orgánica y específica por parte de las CC.AA.³⁷.

La problemática compleja y extensa de la regulación existente no impide que las Leyes autonómicas publicadas sean normas vigentes y por tanto de aplicación inmediata por los Tribunales, hasta que el Tribunal Constitucional no se pronuncie sobre los recursos³⁸ y cuestiones de inconstitucionalidad ya interpuestos³⁹. Y es, precisamente, en la aplicación de los derechos reconocidos por los Ordenamientos autonómicos, cuando la problemática alcanza un gran relieve. A modo de ejemplo, la ausencia de referencia en la ley procesal

³⁶ *Ibid.* pp.71-72.

³⁷ Vid., M.P:García Rubio, "Parejas de hecho y lealtad constitucional", cit., p.48.

³⁸ El reconocimiento del derecho de adoptar a las parejas homosexuales es uno de los motivos del recurso de inconstitucionalidad núm.5297/2000, promovido por el grupo Parlamentario Popular contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, del Parlamento de Navarra, para la Ley de igualdad jurídica de las parejas estables y del sustanciado contra la Ley Vasca, recurso núm. 5174-2003, promovido por el Presidente del Gobierno contra el art. 8 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. El T.C.decidió mantener la suspensión del citado artículo (Resolución judicial de 18-XII-03 y publicada en B.O.E el 31-XII-03. El abogado del Estado había solicitado que se mantuviera esta medida cautelar por "la importante lesión de los intereses público y privados" que a su juicio se producirían si la suspensión se levantara. Este artículo, según su argumentación es contrario a la Constitución "en la medida que se desconoce la prevalencia del interés del menor, que debe prevalecer sobre el interés de adopción por parte de la pareja de hecho".

³⁹ Por Providencia de 10 de febrero de 2004, la Sección segunda del Pleno del T.C. admitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad sobre los arts.3,4,5,8 y 9 de la Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid #(\$001487), debido a que podrían vulnerar el art.149.1 de la CE, que recoge las materias que son competencia exclusiva del Estado.

civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) a las parejas de hecho. Esta omisión de instrumentos procesales especiales para esta realidad produce varias e indeseables consecuencias, que se agravan ante las situaciones de crisis de la pareja ⁴⁰. Como también es preciso mencionar la ausencia de normativa estatal que regule los conflictos de Derecho internacional o de Derecho interregional relativo a las uniones estables de pareja, lo que no ha sido óbice para que las CC.AA. presenten normas unilaterales dirigidas a delimitar su ámbito personal de aplicación, estableciendo varios puntos de conexión, como la vecindad civil, la residencia habitual o el empadronamiento. Normas que con gran acierto son calificadas como inconstitucionales, dada la competencia exclusiva del legislador estatal en materia de conflictos de leyes, a tenor del artículo 149.1.8ª de la CE, y de la jurisprudencia constitucional ⁴¹.

Con estas premisas, a continuación, vamos a intentar mostrar las principales características de las regulaciones existentes hasta el momento, que nos muestran, como ya señalamos anteriormente, un mosaico de gran heterogeneidad ⁴². De su conjunto, haremos las siguientes precisiones de aquellas cuestiones que nos han parecido más relevantes y acordes con el propósito de este estudio.

Las regulaciones legales autonómicas pretendiendo su equiparación a la institución matrimonial, manifiestan una cierta contradicción, pues el problema pertenece a ese peculiar fenómeno llamado “desformalización formalizadora”. Es decir, el matrimonio viene a convertirse en la “institución sombra” de la unión libre, vaciándose poco a poco de su contenido tradicional y, en especial, de sus efectos de solidaridad en el marco de las relaciones personales y patrimoniales ⁴³.

De las Comunidades Autónomas con legislación vigente, sólo, la Ley valenciana, la madrileña, la vasca, y la canaria no expresan, creo acertadamente, un ámbito de aplicación dirigido a una convivencia análoga a la marital y, por lo tanto, reducido a una convivencia *more uxorio*, como sí lo hace el resto de la normativa autonómica; de lo que se desprende que sólo una minoría de las Comunidades Autónomas globalizan múltiples y diversas relaciones de convivencia afectivas y, en todo caso, no matrimoniales, en congruencia con

⁴⁰ Al respecto, véase M.P.García Rubio, “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, cit., pp.49-53; Sobre los procedimientos para la tramitación de los problemas que surgen entre compañeros de una de unión extramatrimonial, puede verse: M.López-Muñiz Goñi: *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia. Guía práctica y jurisprudencia*, 4 ed., Madrid 2000, pp.415-433.

⁴¹ Vid.M.P.García Rubio, “Parejas de hecho...”, cit., 54-56.

⁴² Para un estudio comparativo de la normativa autonómica, puede verse, mi monografía *Las uniones no matrimoniales* en el Derecho español y comparado, cit,pp.126-155; B.Souto y E.Souto, *Las uniones de hecho en Derecho comparado*, cit., pp.47-63, M.Moreno, “Las uniones de hecho en la legislación autonómica”, en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, Vol.XXII, 2006, pp.95-142.

⁴³ R.Navarro Valls, en Prólogo a mi libro *Las uniones no matrimoniales*, cit.,p.11.

el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, dentro de un marco de respeto a todas las opciones afectivo-sexuales y a los principios de pluralidad, libertad e igualdad.

Entendemos que reducir el ámbito de aplicación de las distintas normativas a una convivencia análoga a la matrimonial y dotarla de unas prerrogativas muy similares al matrimonio, atenta contra el principio de igualdad y seguridad jurídica, con la consiguiente invasión de los límites del Derecho matrimonial. A título de ejemplo, observamos en la normativa autonómica esta invasión de límites: en la determinación de la capacidad de los convivientes para constituir una unión estable, cuya similitud con la exigida en la legislación civil es manifiesta; cuando se aplica a los convivientes la normativa civil destinada a los cónyuges sobre determinadas materias, como el derecho a una compensación económica, como lo hacen la normativa vasca navarra o madrileña, análoga a compensatoria regulada en la legislación civil del Estado que excluye de la misma a las parejas de hecho, Como dice el T.S. en sentencia de 12 de septiembre de 2005 , debe huirse de la aplicación por "*analogía legis*" de normas propias del matrimonio como son los arts. 96, 97 y 98 del CC. ya que tal aplicación comporta una penalización de la libre ruptura de pareja que nunca quiso acogerse al régimen jurídico matrimonial, sin perjuicio de la aplicación cuando proceda del derecho resarcitorio, recurriendo a la técnica de la *analogía iuris*, que parte, no de la aplicación analógica de una sola norma, sino de una serie o un conjunto de normas, tratando de deducir de ellas un Principio General del Derecho; también observamos la aplicación a los convivientes del régimen de función pública propio de la legislación estatal, como el beneficio, aunque excepcional, de la pensión de viudedad concedido, a modo de ejemplo, por la normativa navarra; o, cuando se equiparan a los convivientes, incluso con independencia de su orientación sexual, en el ejercicio de determinados derechos civiles, como la adopción, como lo admiten la normativa catalana, de Aragón, navarra, o vasca .

De igual forma, cuando la ley - como ocurre con la legislación catalana - se articula con referencia a la orientación sexual de las personas, entendemos que afecta a la intimidad de los convivientes y lesiona su ámbito de libertad.

Por tanto, la *convivencia*, bien sea análoga a la marital (criterio mayoritario), o relación de afectividad, (criterio minoritario), constituye en la legislación autonómica requisito esencial para la consideración de pareja de hecho, a la que se reviste de unas especiales características, como la *estabilidad*, que se traduce en el transcurso de un periodo mínimo de tiempo de convivencia entre las partes- dos años o un año- previo al reconocimiento.

Tomando de referencia a la legislación civil, y dentro de los requisitos personales para la constitución de una pareja de hecho, resaltamos un requisito común en la legislación autonómica y concretado en la ausencia de vínculo matrimonial entre los convivientes. Sin

embargo, a partir de la legislación madrileña, se acepta la constitución de una unión de hecho entre aquellos convivientes en que pueda subsistir vínculo matrimonial, pero habiéndose producido la suspensión de la vida en común entre los esposos por sentencia judicial. La normativa canaria y extremeña siguen este criterio, que no es otro, creemos, que el entendimiento en sus profundas raíces de la unión no matrimonial, que descansa en el elemento material y esencial de la convivencia, constante o no un vínculo matrimonial, a modo de aquella relación de hecho sobre la que se asentaba el matrimonio romano, y que perduró hasta que la solución canónica medieval diera un vuelco a esta situación, al centrar la causa eficiente del matrimonio en el consentimiento, convirtiendo la convivencia en un efecto (derecho-deber) del contrato matrimonial y perdiendo, así, la condición de elemento esencial en la constitución del matrimonio ⁴⁴.

Hacemos notar que el principio de libertad de pactos preside la regulación autonómica en relación a los efectos de carácter patrimonial, derivados de la convivencia tanto entre las partes como frente a terceros. Resaltamos a la Comunidad Autónoma andaluza, que establece concretamente este principio en la concreta regulación de las relaciones patrimoniales, reconociendo la posibilidad de que los miembros de la pareja soliciten información legal a las Administraciones públicas autonómicas a la hora de concluir pactos que regulen el régimen económico de la convivencia, y que se refieran a la contribución del sostenimiento de las cargas familiares, disposición de bienes y ganancias, derecho de alimentos, y efectos patrimoniales derivados de la disolución de la pareja ⁴⁵.

También ponemos de relieve que la mayoría de las Comunidades Autónomas, a excepción de Valencia, Madrid, Extremadura y Cantabria admiten un amplio ámbito de posibilidad de pactos entre los convivientes con el objetivo de regular sus relaciones no sólo patrimoniales sino también personales derivadas de la unión. Por tanto, autonomía plena de las partes - a salvo de pactos contrarios a la ley o no respetuosos con el mínimo legal obligacional - en la regulación de sus relaciones derivadas de la convivencia, con indicación de sus respectivos derechos y obligaciones.

Sin embargo, recordamos que los derechos y deberes personales entre los convivientes sólo pueden surgir de forma natural y que la mezcla de aspectos personales y patrimoniales, junto a un no menos amplio compendio de derechos entre ellos, comporta una coerción a la celebración del matrimonio. El reconocimiento constitucional reflejado en el artículo 32 exige una protección reforzada del matrimonio con relación a otras clases de familia posibles. Como mantiene la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional, el vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y en el marido una pluralidad de

⁴⁴ Al respecto, J.A.Souto Paz, *Derecho matrimonial*, cit.,p.53.

⁴⁵ Vid. Art.10 de la Ley andaluza de Parejas de Hecho.

derechos y deberes que no se tienen que producir de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio, siendo de esta manera posible que el legislador, dentro de su libertad de decisión, deduzca consecuencias diferentes⁴⁶.

Sin embargo, contraviene esta doctrina la propia Legislación Autonómica. Como máximo exponente, mencionamos la normativa gallega, cuando directa y expresamente y a los efectos de aplicación de la ley “se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación permanente, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges”⁴⁷.

Ante esta situación, y como acertadamente se ha dicho, la concesión de efectos a las uniones de hecho no es en sí recusable, lo que sí puede serlo es el vehículo a través del cual se intenta conferirles dichos efectos, en cuanto quisiera concedérseles una base institucional y regulación orgánica legislativa con los consiguientes problemas y dificultades. Sería muy difícil una regulación orgánica de la unión de hecho que no produjera una doble desnaturalización: la de la propia unión libre, que perdería su utilidad y perfiles en cuanto se la someta a reglas no pensadas para ella; y la de la familia de base conyugal que, por la progresiva extensión de los efectos a la familia de hecho, vería poco a poco diluida su propia configuración. Es decir, lo recusable no es tanto la “normalización” de las uniones de hecho en el campo jurídico, con la concesión de determinados efectos, cuanto su “institucionalización”⁴⁸.

Entendemos que esta “institucionalización” ha culminado con la regulación autonómica, a través de la creación por ley de una especie de matrimonio de segunda clase o incluso, de una nueva “clase” de matrimonio, sin deber de fidelidad, con una mayor permisividad en cuanto a la forma exigida para su reconocimiento, y con una gran facilidad para proceder a la extinción de la convivencia sin trámite alguno, por poner algunos ejemplos.

Por otra parte, la equiparación entre el matrimonio y relaciones no matrimoniales, podrá dar lugar a situaciones muy sensibles que exigirán una respuesta, cuando menos, drástica. Es decir, este proceso, aún no consolidado a nivel estatal, de formalización jurídica de la convivencia de hecho conducente a la asimilación al matrimonio, entendemos que puede conducir, en un futuro no lejano en nuestro país, a la posibilidad de conversión del matrimonio en pareja de hecho y al contrario, por la notoria confusión entre ambas

⁴⁶ Manifiesta el TC la no existencia de violación del principio de igualdad en base a que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida”(ATC 156/87).

⁴⁷ Disposición adicional tercera, de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia .

⁴⁸ R.Navarro Valls, *Matrimonio...*, cit., p.86-89.

categorías, con el consiguiente riesgo de un necesario pronunciamiento sobre la permanencia o no de una de ambas realidades.

Situación, aunque extraordinaria, ya real en nuestro entorno europeo, a modo de ejemplo, Holanda, donde existe una igualdad casi total de efectos jurídicos entre el matrimonio y la convivencia registrada. Al respecto, conviene dejar constancia del debate abierto en ese país sobre la citada permanencia, en el que se han suscitado cuestiones de mayor alcance, como cuál es el papel del Estado al respecto de la regulación de las relaciones basadas en el afecto, o, incluso, en última instancia, si el propio matrimonio debiera abolirse, por, supuestamente, redundancia de instituciones⁴⁹.

Por ello, pensamos en la conveniencia de un tratamiento distinto, que reenvíe la regulación de las uniones de hecho al ámbito de la autonomía privada y, subsidiariamente, de la jurisprudencia. En consecuencia, compartimos plenamente el pensamiento de que las decisiones autónomas y pacticias suscritas, caso por caso, por los mismos protagonistas de la unión de hecho, parecen el marco adecuado para su plural regulación que el propio ordenamiento protegería. Cuando el convenio fuera insuficiente o no actuado, la jurisprudencia podría colmar las lagunas dejadas por la autonomía privada a través de una ponderada aplicación de las normas de Derecho común. No se trata de excluir intervenciones legislativas sectoriales, circunscritas a disciplinar aspectos como, el problema de la casa común, de la empresa familiar o del resarcimiento por daño por la muerte del conviviente, etc. Pero sí de evitar ambiciosas intervenciones legislativas de tipo orgánico, que más que solucionar problemas acaban complicándolos⁵⁰.

3. El contrato de unión civil

Como he señalado anteriormente, sólo un reducido número de CC.AA. en la regulación de las parejas estables no equiparan la relación de afectividad a la relación conyugal, lo que manifiesta un concepto amplio de unión de hecho, unificando legalmente distintas afectividades e intenciones, que nos recuerda un sistema abierto que implícitamente se diseñaba en la Proposición de Ley orgánica de Contrato de unión civil que presentó el Grupo parlamentario Popular en 1.997 frente a iniciativas parlamentarias anteriores⁵¹, - que

⁴⁹ W.Schrama, "Reforms in Dutch Family Law During the Course of 2001: Increased Pluriformity and Complexity", *The International Survey of Family Law*, 2002, pp.280 y ss.

⁵⁰ R.Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho...*, cit., pp. 88-89. Sobre la doctrina proclive a una regulación de la convivencia entre compañeros a través de la vía de convenios y una correlativa aplicación ponderada de la jurisprudencia, puede verse Estrada Alonso, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil*, 2 ed., Civitas, pp.139 y ss.

⁵¹ *Proposición de Ley por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las parejas de hecho* (BOCG 10 de marzo 1.997) presentada por el Grupo Parlamentario socialista; La Proposición de Ley, *Igualdad Jurídica para las parejas de hecho*, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya(BOCG 10 de abril de 1.996); y Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria(BOCG 14 de abril de 1.997), sobre

postulan la necesidad de regulación de los efectos jurídicos de las uniones de hecho, con afectividad similar a la conyugal y con independencia de su orientación sexual⁵². La citada Proposición con términos y ámbito diferente, tenía por objeto que quienes lo desearan pudieran formalizar una unión civil por medio de un contrato, registrado para garantizar la certeza exigida por el principio de seguridad jurídica, sin menoscabo del derecho a la intimidad⁵³.

La reforma regulaba el *contrato de unión civil*, que consistía en un acuerdo entre dos personas físicas mayores de edad que deciden convivir y prestarse ayuda mutua, atribuyendo a esa convivencia determinadas consecuencias jurídicas. Se trata de un sistema abierto, incompatible con el matrimonio, cuyo régimen jurídico será el que las partes dispongan (régimen económico, efectos sucesorios).

El texto propuesto relega toda la materia reguladora de la cuestión al plano puro y exclusivamente paccionado entre los que pretenden unirse, y a salvo siempre los principios generales de enriquecimiento injusto y abuso del Derecho. Lo que, creemos, obedece a un claro seguimiento de la doctrina y jurisprudencia, que enfatizan la importancia de los acuerdos o pactos entre las partes en la resolución de los conflictos sin invadir los límites del Derecho matrimonial⁵⁴.

El contrato de unión civil no produciría efectos antes de que transcurriese el primer año de vigencia. La resolución del contrato se produciría por el matrimonio de una de las partes

reconocimientos de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables y de modificación de determinados aspectos del Código civil, Estatuto de los Trabajadores, Ley General de la Seguridad Social, Medidas para la Reforma de la Función Pública, Clases Pasivas del Estado y de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Sobre el contenido de estas Proposiciones puede verse V.Camarero Suárez, "Estudio de las iniciativas parlamentarias sobre uniones no matrimoniales", en *Revista General de Derecho*, núm. 655, abril 1.999).

⁵² A pesar de la entonces reciente aparición de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 17 de febrero de 1.998- creando jurisprudencia en todos los Estados miembros de la Unión europea - que cierra toda posibilidad de igualar las relaciones estables entre parejas de homosexuales con las derivadas de situaciones matrimoniales o extramatrimoniales pero heterosexuales.

⁵³ Considero ajustada y coherente la consideración, que realiza el abogado J.Trías Sagnier, de los valores constitucionales que inspiran la Proposición, concretamente el relativo a la *intimidad*. Para J.Trías ("El contrato de unión civil y modificaciones legislativas que introduce", *Actualidad jurídica Aranzadi*, año VII, núm.315, 30 de octubre, 1.997), la Proposición pretende dar una solución a situaciones injustas al mismo tiempo que es escrupulosamente respetuosa con el art. 32 de la CE. Se inspira en los valores constitucionales como la *libertad*, que precisa el respeto y amparo de situaciones, no sólo de quienes quieren formalizar sino también de quienes quieren relacionarse sin que el Derecho se introduzca en sus vidas; la *seguridad jurídica*, sin otorgar automatismo a determinadas situaciones personales que por el mero transcurso del tiempo tuviesen consecuencias jurídicas no queridas; y la *intimidad*, en el sentido de no hacer referencia a la orientación sexual de las personas ni a la afectividad, por ser conceptos que pertenecen a la esfera interior del individuo, que no tienen por qué tener consecuencias jurídicas necesariamente; se pretende garantizar la intimidad de aquéllos que, quieren que sus relaciones personales, con sexo o sin él, con afecto o sin afecto, quede más allá del Derecho, en esa región donde la libertad sólo está determinada por la voluntad de las partes.

⁵⁴ Cfr: E.Estrada Alonso, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, cit., pp.151-162; R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1.995, p.89; en el ámbito jurisprudencial, con un criterio amplio puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1.997.

o a instancia de cualquiera de ellas, ante el Juez encargado del Registro Civil ante el que se efectuase la inscripción.

Esta Proposición de Ley Orgánica modificaba once textos legislativos, tres de ellos de naturaleza orgánica.

Entre las consecuencias jurídicas que se derivan de esta regulación podemos señalar las siguientes:

a) La vía instrumentada por el legislador no es otra que el puro contrato con todas las consecuencias del artículo 1.255 pero también con todos sus límites⁵⁵.

Al exigirse la celebración de un contrato quedan fuera de la cobertura de la ley aquellas parejas que no dispongan la celebración del oportuno contrato. Ello dará lugar a que en la práctica puedan coexistir las denominadas *parejas de hecho legalizadas* y las *parejas de hecho no legalizadas* que quedan fuera del ámbito de aplicación de los derechos que les reconoce la ley. La producción de efectos jurídicos se hace depender de la inscripción en el Registro otorgándole carácter constitutivo y no declarativo⁵⁶.

b) Los contratantes deben acordar convivir y prestarse mutua ayuda. Es decir una convivencia sin ningún otro tipo de requisitos que el respeto a la libertad, la seguridad jurídica y la intimidad. El Proyecto de Ley trata de dar una salida legal, imbuido por los principios de justicia y equidad, a aquellas personas del mismo sexo que tienen imposibilitado el beneficio de determinadas ventajas económicas que tienen los cónyuges. Como también podrán acogerse a los beneficios de esta Ley aquellas personas, por ejemplo dos ancianas que vivan juntas, una madre viuda que viva con su hijo soltero, dos hermanos que vivan juntos, etc., que de otra forma no tienen ningún tipo de ventajas⁵⁷.

c) La exigencia del contrato entre *personas físicas mayores de edad*, excluye de la Ley a los menores emancipados⁵⁸.

d) La Proposición prohíbe ser parte a quien estuviese casado o fuese parte de un contrato de unión civil vigente.

e) Uno de los aspectos más importantes es la libertad que se deja a los

⁵⁵ J.León-Castro Alonso, "Primera lectura de la Proposición de Ley 133/000098:Contrato de unión civil", en *Derecho y opinión*, núm.5, 1997,p.307.

⁵⁶ V.Magro Servet, ¿Parejas de hecho o de Derecho?, en *La Ley*, año XIX, núm.4493, 1.998, p.5.

⁵⁷ J.Trías Sagnier, "El contrato de unión civil...", cit., p.3.

⁵⁸ Se sale al paso de otras Proposiciones de Ley donde de forma expresa se otorgaba los beneficios de las denominadas uniones de hecho -asimilables al matrimonio- a los menores emancipados (J.Trias, "El contrato de unión civil...", cit. p.3).

contratantes tanto para disponer expresamente la modalidad del régimen económico que regulará la unión contractual, como los efectos sucesorios del mismo⁵⁹.

f) La producción de efectos jurídicos de la pareja de hecho tendrá lugar transcurrido el primer año desde su formalización, entendiéndose por tal, el momento de la inscripción en el Registro civil del contrato de unión civil, por lo que se excluye la existencia de efectos jurídicos a las meras uniones que no superen ese plazo. Lo que evidencia la pretensión de dotar de continuidad en el tiempo a esa unión para que se pueda reclamar los efectos jurídicos que les pueda corresponder a los miembros de la pareja⁶⁰.

g) A diferencia de las anteriores iniciativas parlamentarias - en las que la convivencia se acredita mediante la inscripción en los Registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamiento de los lugares de residencia, o mediante documento público-, la Proposición de Ley de contrato de unión civil exige, un contrato otorgado ante notario y su inscripción en el Registro Civil correspondiente, para garantizar la certeza exigida por el principio de seguridad jurídica, sin menoscabo del derecho a la intimidad.

h) Si las anteriores iniciativas parlamentarias no abordan la faceta procesal para encajar las pretensiones que se presenten ante los Tribunales, - al igual que el (entonces) reciente Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado por el Ministerio de Justicia -, la Proposición, para dilucidar los derechos derivados del contrato de unión civil, mantiene la tramitación de estas pretensiones por el juicio declarativo de menor cuantía, si ésta fuera inestimable, atribuyéndose la competencia, no al Juez de Familia, sino al Juez de 1ª Instancia del domicilio del demandado, por lo que difícilmente, por ejemplo, podrán abrir la pieza separada de medidas que se

⁵⁹ Ante la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre si los convivientes de hecho pueden pactar un régimen económico al igual que los cónyuges y si pueden acogerse a uno de los regímenes legales previstos para el matrimonio, parece más adecuado acudir a cualquiera de las formas de sociedad civil, reguladas en los arts. 1.665 y ss. del Código civil, o bien a la comunidad de bienes (art.392 Cc.), formas todas ellas que a la hora de disolución de la unión, pueden ayudar a resolver los conflictos de orden patrimonial de una manera más eficaz, que la adopción de un régimen económico matrimonial como regulador de ese carácter entre los convivientes. Respecto a los efectos sucesorios, puntualiza J.Trías Sagnier ("El contrato de unión civil...", cit., p.3) que el Proyecto de Ley pretende desmarcarse de otras Proposiciones donde se señalaba a los denominados convivientes, en la sucesión *ab intestato*, con preferencia a los colaterales de forma automática. Como la voluntad del Proyecto es discernir con meridiana claridad el contrato de unión civil de lo que es el matrimonio, el conviviente a quien no se hubiese señalado como beneficiario en la sucesión tendría tan sólo derecho a aquellas ventajas -que no son pocas- derivadas de la legislación de la Seguridad Social o de las Clases Pasivas del Estado y demás ventajas establecidas en la Ley.

⁶⁰ Ibid.

realiza en los procedimientos de separación o de divorcio⁶¹.

Las enmiendas a la totalidad con texto alternativo a la Proposición del contrato de unión civil presentadas por algunos grupos parlamentarios (PSOE, Izquierda Unida y Grupo Mixto) fueron rechazadas. Los textos alternativos se basaban en que el contrato se estableciera por razón de relación sentimental, independiente de su orientación sexual. Entre las enmiendas presentadas por el Grupo Popular, en una consideración de conjunto, se evidencia la imposibilidad de atender a las distintas situaciones que pueden tener cabida en el concepto amplio de unión de hecho que implícitamente se diseña en la Proposición, al unificar legalmente distintas afectividades e intenciones - a modo de ejemplo, en el contrato de unión civil tendrían cabida no sólo uniones estables hetero u homosexuales, sino también situaciones convivenciales de ayuda mutua, o, incluso situaciones de acogimiento entre personas mayores o de tercera edad-, lo que explica las escasas modificaciones resultantes en las distintas materias a las que de algún modo ya ha hecho referencia el legislador.

A pesar de que la reforma no prosperase⁶², creemos acertado su objetivo dirigido a no dotar a las uniones de hecho de un marco normativo de conjunto, sino en la apertura, en sus justos términos, de la vía a los civilmente unidos de la autonomía de la voluntad⁶³. Muy probablemente en consonancia con la actualidad de proyectos semejantes que se estaban tramitando en el Derecho comparado. Concretamente me estoy refiriendo al Derecho francés⁶⁴.

Tradicionalmente, las uniones compuestas por convivientes de hecho se han denominado en Francia *concubinage*, más modernamente esta denominación ha sido sustituida por *unión libre*, que hace recaer el acento en el elemento intencional de una unión sin formalidades y sin vínculo, lo que permite que pueda ser rota libremente⁶⁵.

⁶¹ V.Magro Servet, "¿Parejas de hecho o de derecho?", cit., p.5.

⁶² Teniendo presente que, vencida la VI Legislatura, y siguiendo al Reglamento de la Cámara del Congreso de Diputados de acuerdo con su art.207, quedan caducados todos los asuntos pendientes de examen y resolución por la Cámara.

⁶³ Lo que no consigue la vigente *Ley 10/1.998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja catalana*, pese a constituir las decisiones pactadas por los miembros de la pareja el marco principal para la resolución de los conflictos y a manifestar en su Preámbulo la diferenciación entre "las uniones matrimoniales" y "las demás relaciones de convivencia". Constatamos que la concreción de la distinción no tiene una plasmación real en el articulado de la Ley.

⁶⁴ Citamos al Proyecto, cuya tramitación en el Parlamento francés atravesó por no pocas dificultades, llamado Pacto Civil de Solidaridad francés (PACS), cuya regulación se extiende a los derechos de las parejas no casadas, incluidas las de homosexuales, y en el que los hermanos y hermanas podrían acogerse a algunas de las disposiciones del PACS. La Asamblea francesa aprueba -el 9 de diciembre de 1.998-, en primera lectura, el Proyecto de Ley del PACS.

⁶⁵ M.Casals, "Informe de Derecho comparado sobre regulación de las parejas de hecho", en *A.D.C.*, tomo XLVIII, octubre-diciembre 1995, p.1722.

Hasta la Ley de 15 de noviembre de 1999 relativa al Pacto Civil de Solidaridad (P.C.S) los efectos jurídicos de la convivencia de hecho, se han manifestado a través de referencias puntuales en distintos ámbitos⁶⁶, que constituyeron la antesala de la Ley de 15 de noviembre de 1999 relativa al Pacto Civil de Solidaridad (PACS) y al Concubinato, que incorpora al Libro del Código Civil francés un Título XII denominado *Del Pacto Civil de Solidaridad y del Concubinato*.

El nuevo régimen diferencia los efectos del PACS, que es básicamente un contrato, de los efectos del concubinato, al que considera como una unión (situación) de hecho, definida por una vida en común que presenta carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja⁶⁷. Es decir, situación de hecho al margen de la regulación matrimonial y sin la pretensión de la elaboración de un estatuto de la convivencia de hecho.

Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de diferente o igual sexo, para organizar su vida en común (art.515-1). Por su parte, el concubinato se configura como una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas de diferente o del mismo sexo, que viven en pareja (art. 515-8)⁶⁸. La expresión “vida en común” que el pacto civil de solidaridad organiza, ha sido objeto de discusión. El Consejo Constitucional francés señaló que la vida en común no cubre solamente una comunidad de intereses y no se limita a la exigencia de una simple cohabitación entre dos personas, supone, además, una residencia en común y una vida en pareja. De esta manera se justifican las limitaciones impuestas para celebrar el pacto, y que se concretan en el artículo 515-2. Bajo pena de nulidad, no puede existir PACS: 1º entre ascendiente y descendiente en línea recta, entre afines en línea directa y entre colaterales hasta el tercer grado inclusive; 2º entre dos personas de las cuales al menos una tiene vínculo matrimonial; 3º entre dos personas de las cuales al menos una está comprometida por un pacto civil de solidaridad⁶⁹.

⁶⁶Véase el estudio realizado por M.Casals, (“Informe...”,pp.1722-1731) antes de la aprobación del P.A.C.S.

⁶⁷ Art.515-8 del Código civil francés.

⁶⁸Es importante recordar que hasta el momento la jurisprudencia francesa había reservado la figura del concubinato para la unión de un hombre y una mujer, mientras que en la nueva legislación se extiende a las uniones homosexuales, otorgando iguales derechos.

⁶⁹ La normativa sobre la capacidad para celebrar los PACSS también fue objeto de polémica al considerarlas contrarias al principio de igualdad, al prohibir a ciertas personas la posibilidad de celebración del pacto sobre todo cuando en los debates parlamentarios se especificó que el pacto no tiene necesariamente una connotación sexual. El Consejo Constitucional entendió que no se violentaba el principio de igualdad, ni el de la libertad porque las incapacidades estaban justificadas en el interés general de la prohibición del incesto o de la violación del principio de la fidelidad que rige el matrimonio.

La forma de realización del pacto exige, según el artículo 515-3, la presentación de una declaración conjunta en la secretaría del Tribunal de instancia que resulte competente de acuerdo a la residencia común. Una vez presentada la totalidad de documentación exigida, el secretario debe inscribir esta declaración en un Registro del lugar de residencia. Esta inscripción confiere fecha cierta al pacto civil de solidaridad y lo hace oponible a terceros⁷⁰.

Quienes celebran un pacto civil de solidaridad se obligan mutuamente a prestarse asistencia mutua y material. Las modalidades de esta ayuda son establecidas por el pacto. Según el artículo 515-4, las partes responden solidariamente con relación a terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida ordinaria y para los gastos relativos a la vivienda en común⁷¹. Mientras que quienes conviven en concubinato no asumen esta obligación.

Teniendo en cuenta las diferentes obligaciones entre los que celebran un PACS y quienes viven simplemente en concubinato, el legislador les concede a los primeros ventajas impositivas⁷², que no le son otorgadas a los concubinos, en la Seguridad Social y en las leyes migratorias.

El PACS termina del modo que establece el artículo 515-7, es decir, por decisión conjunta, por decisión unilateral, y por matrimonio o muerte de una de las partes⁷³.

⁷⁰ La inscripción en el registro del PACS también ha sido objeto de crítica por considerar que se vulnera el derecho a la intimidad y el respeto a la vida privada. El Consejo Constitucional, sin embargo, estima que el registro del pacto no tiene por objeto revelar las preferencias sexuales de las personas ligadas por un pacto, sino que tiene una doble finalidad: por una parte busca asegurar el respeto de las reglas de orden público, y por otra parte, tiende a conferir fecha cierta al pacto para hacerlo oponible a terceros. Motivos que excluyen una posible vulneración del derecho a la identidad personal.

⁷¹ Esta disposición también ha sido cuestionada porque no se prevé ni la naturaleza ni la extensión de la ayuda mutua y material que las partes ligadas por un pacto civil y de solidaridad se deben prestar. Respecto a esto, el Consejo Constitucional entendió que, de acuerdo al espíritu de la Ley, será nula toda cláusula que nega el carácter obligatorio de la ayuda mutua, y que, si el pacto guardara silencio, corresponde al juez, en caso de litigio, definir las modalidades de esta ayuda en función de la situación respectiva de los celebrantes.

⁷² Lo que también ha sido cuestionado como contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que se disminuyen los impuestos sin tratarse de un matrimonio, en cuyo caso se justifica la diferencia de imposición por la protección hacia la familia, pero en el caso del PACS esta justificación no existe. El Consejo Constitucional entiende que hay una justificación para quienes celebren un PACS y lo mantengan durante tres años, tributen diferente que las personas solteras o que las unidas en concubinato. La justificación radica en que quienes celebran un PACS se han obligado en forma solidaria a prestarse ayuda mutua y lo han hecho durante un periodo de tiempo.

⁷³ También ha sido criticado este artículo como contrario a la dignidad de la persona humana, porque al prever la posibilidad de una ruptura unilateral se asemeja al repudio. El Consejo Constitucional ha entendido que las formas previstas por la Ley no violentan el principio fundamental de la dignidad de las personas, porque el PACS es un contrato ajeno al matrimonio, en consecuencia su ruptura unilateral no puede ser calificada de repudio. Por el contrario, se trata de un pacto de duración indefinida que puede ser resuelto por voluntad unilateral sin perjuicio de indemnizar los daños causados.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Del contenido del artículo 32 de la Constitución española se desprende la garantía constitucional de la institución matrimonial, entendiéndose ésta como una de las instituciones básicas en la vida social. En esta garantía existe un contenido esencial que hace jurídicamente reconocible al matrimonio, ostentando una naturaleza indisponible para el legislador, de tal forma que, si éste se extralimitase, la garantía de la institución matrimonial desaparece.

El progresivo reconocimiento de efectos jurídicos que el ordenamiento de un Estado adopte sobre las uniones de hecho, profundamente relacionado con su aceptación social, no debería solucionarse a modo de una prolongación artificial de la institución matrimonial. El reconocimiento constitucional reflejado en el artículo 32 exige una protección del matrimonio frente a otras figuras convivenciales. De lo contrario, podría llegarse a convertir en una institución sombra de la unión libre.

Hasta el momento, tanto el Ordenamiento del Estado como los Ordenamientos autonómicos han comprometido la institución matrimonial, que en nuestra cultura jurídica, dos veces milenaria, evidencia que ha existido y sigue habiendo un interés jurídico-público y social en la regulación del matrimonio.

Las nuevas leyes estatales (13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia del derecho a contraer matrimonio junto a la Ley 15/2005, de 8 de julio en materia de separación y divorcio), que recogen la existencia jurídica del matrimonio homosexual y divorcio unilateral, constituyen la manifestación más próxima de *agonía* del matrimonio legal.

Este vaciamiento del matrimonio viene acompañado de un proceso, no de normalización sino de institucionalización de las uniones o parejas de hecho, que ha conducido a la creación de un estatuto orgánico equiparado al matrimonio y que ha culminado en la regulación autonómica.

Sin embargo, sería muy deseable, a la vez de necesario, no identificar la culminación de este proceso de vaciamiento del matrimonio civil con el correspondiente de una posible conversión del matrimonio en convivencia registrada o pareja de hecho, que conduciría inexorablemente a un debate sobre la permanencia o no de ambas realidades. Situación, aunque extraordinaria, ya real en nuestro entorno europeo.

Hasta el momento, y en los últimos tiempos, España ha tomado ejemplo de países que por su gran liberalidad, como Holanda, son descritos como laboratorio de problemas actuales en el mundo. Pero se ha apartado de otros, como Francia, país laico por excelencia, pero en el que no se echa de menos la distancia que media entre matrimonio y convivencia de hecho en la que prima la autonomía de las partes, y donde se preserva la

institución matrimonial en sus notas esenciales. A modo de ejemplo reciente, la Corte de Casación francesa el 13 de marzo de 2007 ha juzgado que el matrimonio no es posible más que entre un hombre y una mujer. O, incluso el Reino Unido, que a primeros de diciembre de 2005 promulga una Ley de Parejas de Hecho Civiles entre homosexuales, permitiéndoles que puedan registrar su unión, pero con buen cuidado de dejar a salvo la institución matrimonial.

Por todo ello, siendo conscientes de que estamos ante un problema de gran sensibilidad que exige una solución jurídica adecuada y proporcionada a nuestra realidad social, sería de desear que la anunciada regulación estatal incidiera en la vía del contrato entre convivientes que, recoja las decisiones autónomas y pacticias, preconvivenciales y convivenciales, suscritas por los mismos convivientes y exigibles judicialmente una vez homologadas, en coherencia con nuestra doctrina y jurisprudencia y sintonizando con muy importantes desarrollos en el plano comparado donde, partiendo de la garantía constitucional que el matrimonio goza, se imposibilita la incorporación de sus criterios legales.

Esta convivencia de hecho basada en el contrato, y no en la institución matrimonial, estaría en coherencia con el rechazo del normativismo y burocracia que ha invadido el matrimonio, justificando además desde sus comienzos su razón de ser y su actuación hacia fórmulas respetuosas con la libertad y autonomía de voluntad.

Autonomía privada de las partes, que reforzada con un adecuado asesoramiento legal, por otra parte, daría lugar a la plena validez de los pactos otorgados por los miembros de la pareja para regular el régimen económico, o incluso, si se permitiese, el sucesorio.

De otra manera, y si se me permite un toque de humor anglosajón, con el que finalizo este estudio, podríamos correr el riesgo de que, junto con el agua de la bañera, se nos fuera por el desagüe el niño, es decir, el matrimonio civil.